

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：14320051402874

UDC_____

厦门大学

博士学位论文

合同违约责任制度的经济分析

An Economic Analysis of Contract Remedies

施文泼

指导教师姓名：张 馨 教授

专业名称：法律经济学

论文提交日期：2008年 04 月

论文答辩时间：2008年 06 月

学位授予日期：2008年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2008 年 04 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文而产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 2 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容摘要

违约责任制度是合同法中最复杂、最核心的问题。对违约责任的经济分析一直是法律经济学研究的热点问题之一。现有法律经济学文献主要通过分析不同违约责任形式对买卖双方的违约行为、信赖投资行为和预防行为的影响,试图找到最优的违约责任形式。本文在全面梳理和总结现有研究文献的基础上,进一步分析了合同法中与违约责任制度紧密相关的另外两个基本制度——期前违约制度和同时履行抗辩权制度对违约责任制度行为激励作用的影响。这对合同法的经济学研究,具有重要的理论意义。

我国一直到 1999 年的《合同法》才引入了期前违约制度和同时履行抗辩权制度,但在制度的具体规定上仍然显得十分粗糙且缺乏可操作性,本文对这两种制度的经济分析对我国合同法的完善也具有实践指导价值。

全文共分六章。第一章阐述了论文的选题背景和写作意义,并对论文的研究范围进行了界定。第二章对相关研究成果进行了回顾。第三章建立了一个违约责任制度的基本经济模型,重点考察了不同违约责任形式对当事人的违约、信赖和预防行为的影响。第四章将合同违约责任的行为效应分析拓展到期前违约情形,并对两种不同的期前违约救济规则进行了比较分析。第五章研究了双务合同特有的同时履行抗辩权制度对当事人的行为决定的影响。第六章是一个简要结论。

本论文的理论分析得到了两个基本结论:

第一,本文将合同违约责任的行为效应分析拓展到期前违约情形,并对两种不同的期前违约救济规则进行了比较分析。分析结果表明,期前违约制度增加了允诺人的违约水平,但减少了受诺人的信赖水平。与英国规则相比,在美国规则下,允诺人的违约水平增加得更多,但受诺人的信赖水平减少得也更多。

第二,同时履行抗辩权制度同样对当事人的行为激励造成了扭曲。在一般的违约责任形式下,引入同时履行抗辩权制度导致了双方当事人的违约水平下降,同时降低了他们进行信赖投资的激励。

关键词: 违约责任; 期前违约; 同时履行抗辩权; 行为效应

Abstract

The institution of contract remedies is the kernel and the most complicated issue of contract law. Economic analysis of contract remedies is always one of the hottest issues in the law and economics studies. The existing law and economics literature attempts to identify the optimal contract remedy through analyzing the effects of various remedies on the contract parties' breach behavior, reliance investments and precaution investments. Based on a thoroughly review of existing literature, this dissertation further studies the effects of the doctrine of anticipatory breach of contract and the institution of *exceptio non adimpleti contractus*, which are the other two basic institution in contract law, on the behavioral incentives of contract remedies. This study is of great theoretical significance for economic study of contract law.

The doctrine of anticipatory breach of contract and the institution of *exceptio non adimpleti contractus* are introduced into contract law of China until 1999, and the concrete clauses of these two institutions are very rough and hard to be applied in civil procedure. An economic analysis of them would be of great significance in promoting the improvement of contract law of China, too.

This dissertation includes six chapters. Chapter one discusses the studying background and the significance of the topic, and defines the studying scope. Chapter two reviews the related literatures. Chapter three establishes a basic economic model of contract remedies, focusing on the effects of various contract remedies on the parties' breach, reliance and precaution decisions. Chapter four extends the former analysis to the case of anticipatory breach of contract and compares two different doctrine of anticipatory breach of contract. Chapter five studies the behavioral effects of the institution of *exceptio non adimpleti contractus* in bilateral contracts. Chapter six is a conclusion.

There are two main conclusions of this dissertation:

First, this dissertation extends the behavioral effect analysis of contract remedies into the situation of anticipatory breach of contract and compares two different doctrine of anticipatory breach of contract. The results demonstrate that the doctrine

of anticipatory breach of contract increases the level of the promisor's breach of contract, while it decreases the promisee's reliance investments. Compared to English rule, the promisor breaches the contract more and the promisee's reliance investments decrease more under American rule.

Second, the institution of *exceptio non adimpleti contractus* distorts the behavioral incentives of the contract parties too. Under the routine remedy for breach of contract, the introduction of *exceptio non adimpleti contractus* decreases the level of the parties' breach and their incentives to invest in reliance both.

Keywords: Contract Remedies; Anticipatory Breach of Contract; *Exceptio non Adimpleti Contractus*; Behavioral Effect

目 录

第一章 导论	1
第一节 写作背景和意义	1
第二节 研究范围界定	3
第三节 论文结构和研究方法	7
第二章 文献综述	10
第一节 最优法定违约责任形式研究	10
第二节 违约责任形式的交易成本分析	15
第三节 小结	20
第三章 合同违约责任的基本经济模型	21
第一节 不完备合同与违约责任制度	21
第二节 违约责任形式与有效违约	26
第三节 违约责任形式与有效信赖	36
第四节 违约责任形式与有效预防	48
第四章 期前违约制度的经济分析	53
第一节 期前违约的概念	53
第二节 期前违约制度的历史和比较	54
第三节 期前违约规则中的减轻损失义务	59
第四节 期前违约制度的经济分析	62
第五章 同时履行抗辩权制度的经济分析	70
第一节 同时履行抗辩权的法律基础	70
第二节 同时履行抗辩权的行为效应分析	77
第三节 小结	86
第六章 结论	87
参考文献	88

Contents

Chapter 1	Introduction.....	1
Section 1	Studying Background and Significance of the Topic	1
Section 2	The Definition of Studying Scope	3
Section 3	Content Arrangement and Main Methods.....	7
Chapter 2	Literature Review.....	10
Section 1	The Study of Optimal Legal Remedies for Breach of Contract	10
Section 2	The Transaction Cost Analysis of Contract Remedies.....	15
Section 3	A Brief Conclusion	20
Chapter 3	Basic Economic Model of Contract Remedies	21
Section 1	Incomplete Contracts and Contract Remedies	21
Section 2	Contract Remedies and Efficient Breach.....	26
Section 3	Contract Remedies and Efficient Reliance	36
Section 4	Contract Remedies and Efficient Precaution.....	48
Chapter 4	An Economic Analysis of the Doctrine of Anticipatory Breach of Contract.....	53
Section 1	The Definition of Anticipatory Breach of Contract.....	53
Section 2	The History and Comparative Analysis of the Doctrine of Anticipatory Breach of Contract	54
Section 3	The Mitigation Principle in the Doctrine of Anticipatory Breach of Contract	59
Section 4	An Economic Analysis of the Doctrine of Anticipatory Breach of Contract	62
Chapter 5	An Economic Analysis of the Institution of <i>Exceptio non Adimpleti Contractus</i>	70
Section 1	The Legal Foundation of <i>Exceptio non Adimpleti Contractus</i>	70
Section 2	The Behavioral Effects of <i>Exceptio non Adimpleti Contractus</i>	77

Section 3 A Brief Conclusion	86
Chapter 6 Conclusion	87
Reference	88

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士论文摘要库

第一章 导论

第一节 写作背景和意义

违约责任，是指合同当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，依法产生的民事法律责任（崔建远，2003）。它在英美法系中一般被称为违约救济（remedies for breach of contract），我国立法中则称之为“违反合同的民事责任”。

在合同法律关系中，一方违约后，受到损害的另一方应该怎样获得救济，一直是合同法所要解决的基本问题之一，也是最核心的问题。违约责任制度也因此成为合同法中最重要的一项制度。从法律角度来看，合同是双方当事人之间合意的行为表现，一方权利的实现依赖于另一方义务的履行。但是如果没有强制性的违约责任制度作为保障，合同将不具有法律约束力，当事人的权利也就无法实现，权利便如同虚设。从经济学角度来看，合同是当事人之间自愿交易的一种约定，它有助于资源转移到对它评价更高的一方，从而实现资源配置的优化。合同通常在合同订立后的一段时间内履行，而不是即时履行。合同双方当事人为了追求利益最大化，常常有采取机会主义的冲动，因此一方当事人容易因另一方当事人的违约行为而遭受损失。如果违约不用负任何责任，守约方的损失无法得到补偿，那么当事人将不愿意订立合同，转而选择即时交易；或者为了维持合同关系，当事人需要付出很高的自我保护成本。这不但影响交易的完成，而且会影响资源的最有效使用。因此，违约责任制度通过吓阻当事人一方的机会主义行为，保障交易的顺利进行，鼓励了经济活动在最佳的时点上进行，并且减少了当事人的交易成本。

制定违约责任制度，其目的并不是为了完全地阻止违约，否则合同法无需对违约责任做出多种详细复杂的规定，只要简单规定“合同一旦订立在任何情况下都必须履行”足矣。为了理解这一点，需要引入合同法中一个十分重要的概念——有效违约（efficient breach）。

从违约责任和违约救济的内涵和法律规定来看，二者大体相同。本文统一使用“违约责任”这个术语。对二者之间存在的细微差别，可参见王利明，《违约责任论》，中国人民大学出版社2003年版，第31-34页；韩世远，《合同法总论》，法律出版社2004年版，第686-687页。

参见《中华人民共和国民法通则》第六章第二节的标题。

合同双方当事人在签订合同时,主要是依据缔约当时的各种主客观条件而进行的。然而,在合同成立后,各种条件可能发生变化,进而使得约定的交易变成无效率。如果在合同约定的履行时点,履行的成本超过双方所得收益,则履行合同将会造成负收益。当合同不存在外部性时,双方的利益相加就是社会的净收益,如果违约产生的社会净收益大于履约的社会净收益,那么违约就是一种有效率的行为,因而称为有效违约。

有效违约理论为我们研究违约责任的行为效应提供了一个起点。在这一理论的基础上,学者们确认了社会最优的违约水平,并分析哪种违约责任形式能够引致当事人达成这一最优的违约决定。进一步的研究发现,在合同订立和履行的过程中,当事人的各种行为或多或少都会受到违约责任制度的影响,除了允诺人的违约决定外,最为重要的另外两种行为是受诺人的信赖投资决定和允诺人的预防决定。现有法律经济学文献主要通过分析不同违约责任形式对这三种行为决定的影响,试图确立最优的违约责任制度。

从国内的研究现状来看,我国法学界一直强调“契约必守”的理念,强调违约责任的主要目的是为了阻止违约,几乎完全忽视了有效违约的价值,也忽视了违约责任制度对人们其他行为的影响。本文对已有的研究文献进行了归纳总结,希望有助于澄清这一片面的观点。

在已有研究的基础上,本文进一步分析了合同法中的另外两个基本制度——期前违约制度和同时履行抗辩权制度对违约责任制度的行为激励作用的影响。这两个制度目前普遍为各国法律所采纳。具体而言,本文分别将期前违约制度和同时履行抗辩权制度引入了现有文献的标准模型中,分析了在这两种制度下,合同当事人的两种主要行为决定——允诺人的违约决定和受诺人的信赖决定——和现有文献的分析结论会有什么不同。结果显示,这两种制度对当事人的行为激励造成了不同的扭曲。这进一步丰富了对最优违约责任制度的分析,本文由此对违约责任制度的经济分析做出了新的理论贡献。

从我国目前的合同立法来看,在很长的一段时期内,我国的合同相关法律制度中不存在期前违约制度和同时履行抗辩权制度。1999年的《合同法》同时引入了这两个制度,这极大地完善了我国的合同立法,然而在制度的具体规定上仍然显得十分粗糙且缺乏可操作性,本文对这两种制度的经济分析也将有助于为完

善我国合同法上的相关规定提供理论支持。

第二节 研究范围界定

我国《合同法》中规定了五种违约责任形式：特定履行、损害赔偿、违约金、定金和采取补救措施（包括修理、更换、重做等形式）。本文主要对特定履行、损害赔偿和违约金这三种违约责任形式进行分析，不考虑定金和采取补救措施。其中，特定履行和损害赔偿又称为法定的违约责任形式。

一、损害赔偿

损害赔偿（Damages），是指违约方因不履行或不完全履行合同义务而给对方造成损失的，依照法律规定或合同约定向非违约方支付一笔金钱以赔偿其遭受的损失。损害赔偿是合同法最基本、最重要、最经常使用的违约责任形式，它可以进一步分类。

在英美法中，学理上最具权威性的分类是 Fuller and Perdue（1936，1937）在《合同损害赔偿中的信赖利益》一文中所作的分类。他们按合同损害赔偿所追求的主要目的将其分为三类：返还损害赔偿、信赖损害赔偿和预期损害赔偿。这种分类已经成为英美合同法中最基本的概念结构之一（内田贵，2003）。

返还损害赔偿（Restitution Damages）。基于对被告的允诺的信赖，原告向被告支付了某些价值；被告未履行其允诺，法院可以迫使被告交出他从原告处接受的价值。此处的目的可称作防止违约的允诺人从受诺人所支付的费用中获益，更简单地说，防止不当得利。这种损害赔偿称为返还。

信赖损害赔偿（Reliance Damages）。基于对被告的允诺的信赖，原告改变了他的处境。例如，依据土地买卖合同，买方在调查买方的所有权上支付了费用、

参见《中华人民共和国合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施、或赔偿损失等违约责任”。第114条第一款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”。第115条规定：“给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金”。

对定金的经济效率的一个很好的经济分析，见 Edlin（1996）。

在某种程度上，采取补救措施也可以被认为是特定履行的一种特殊方式。

Fuller and Perdue 使用的术语是返还利益（restitution interest）、信赖利益（reliance interest）和期待利益（expectation interest），虽然与这里的表达有所不同，但意思完全一致。

或者错过了订立其他合同的机会。我们可判给原告损害赔偿以消除他因信赖被告的允诺而遭受的损害。我们的目的是要使他恢复到与允诺做出前一样的处境。在这种场合下判处的是信赖损害赔偿。

预期损害赔偿 (Expectation Damages)。为寻求给予受诺人由允诺形成的期待价值,我们可以在一个特定履行诉讼中实际强迫被告向原告提供允诺了的履行,或者在一个损害赔偿诉讼中,我们可以使被告支付这种履行的金钱价值。在这里我们的目标是使原告处于假若被告履行了其允诺时他应处的处境。在这种场合下判处的是预期损害赔偿。

举例说明这三种损害赔偿。假设一个买方与一个卖方就某物品的买卖订立合同,约定商品价格为 p 。该物品对买方的价值为 v ,但为了实现这一价值,买方必须另外投入 r ,因此,买方从履行合同中获得的净收益为 $v - r - p$ 。现在假设卖方违约,没有交付该物品给买方。在预期损害赔偿下,卖方需要支付一笔金钱使得买方获得与履行合同一样的净收益: $v - r - p$ 。如果买方已经支出了 p 和 r ,则预期损害赔偿为 v 。在信赖损害赔偿下,卖方需要支付金钱使买方回到订立合同前的状态,故信赖损害赔偿为 $r + p$ 。而在返还损害赔偿下,卖方只需返还他向买方收取的合同价格 p ,但不需要赔偿买方另外支出的费用,因此返还损害赔偿为 p 。

显然,从救济范围来看,预期损害赔偿给予了受诺人最大的救济,信赖损害赔偿居中,而返还损害赔偿提供的救济最小。

与英美法不同的是,我国合同法在损害赔偿范围的界定上,采用的是大陆法系的“实际损失”和“可得利益”的概念。这一点从《合同法》第 113 条的规定中可以清楚地看出来。实际损失是指受害人信赖合同能够履行而为得到履行利益所支出的费用或财产因违约而造成的损失;可得利益是指如合同按约定履行后

由于买方错过订立其他合同的机会而造成的损失称为机会成本损失, Cooter and Eisenberg (1985) 分析了它与信赖支出和预期利益的区别。一般来说,机会成本损失介于信赖支出和预期利益之间。一个更全面的分析,参见 Cooter and Ulen (2003)。

我们隐含地假设了 $v > r + p$ 。这一假设无疑是正确的,因为若不如此,受诺人将不会签订合同或者进行信赖投资。

大陆法系在损害赔偿上有两种分类,除了实际损失与可得利益之分外,还有一种分类将损害分为直接损失和间接损失,法国民法典就采用了这种分类。尽管分类不同,但他们所对应的范围基本一致。如按照法国学理的解释,直接损失即是实际损失,间接损失即是可得利益的损失 (尹田, 1995)。

受害人应当得到的经济利益，又称为“履行利益”。对实际损失的赔偿是为了使受害人恢复到缔约前的经济状态；对可得利益的赔偿是为了使当事人达到合同履行后所应达到的状态（李永军，2007）。从这里我们可以看出，对实际损失的赔偿就是信赖损害赔偿，而对可得利益的赔偿就是预期损害赔偿。

二、特定履行

特定履行（Specific Performance），是指由法院颁布命令，强制要求合同的一方当事人如约履行他的合同义务。特定履行可以被看作是一种数额无限大的损害赔偿，它类似于一种财产规则（property rule），禁止了另一方当事人侵犯受害方要求履行合同的权利。与之相对，损害赔偿则类似于一种责任规则（liability rule），它只要求违约方向受害方支付赔偿金。

在英美法中，法院对于判处特定履行有着严格的条件。只有在损害赔偿不足以提供有效的救济（如合同标的物是独一无二的或具有特殊价值），且对于契约履行法院易于监督的场合，才能适用特定履行进行救济（阿蒂亚，1982）。与此相反，大陆法系中多数国家在违约责任方面，首选的是特定履行而非损害赔偿。最典型的例子是德国。受罗马法的影响，在德国如果出现了违反合同义务的情形，除非实际上已经不可能，否则债权人就可以直接行使其履行请求权，而不必求助于那些关于解除的救济（罗伯特·霍恩和海因·科茨，1996）。这种履行优先的原则，在2002年修改后的《德国民法典》第281条中仍然得到确认。德国民法重视特定履行的原则，对日本民法产生了重大影响，《日本民法典》第414条规

有学者进一步认为，我国学理上将违约行为所造成的损失同时进行以下两种分类，即实际损失和可得利益损失、信赖利益损失和预期利益是不必要的，甚至会误导司法实践。参见王利明：《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社2003年版，第411-427页。

为了与已有文献一致，本文在分析中使用的也是预期损害赔偿和信赖损害赔偿等术语。

特定履行这一概念在我国《合同法》以及相关法学著作中提法不一，除特定履行外，还有实际履行、强制实际履行、继续履行、依约履行、请求违约方履行等诸多称谓，参见孔祥俊（1999）、江平（2000）和王利明和崔建元（2000）。本文使用“特定履行”这一提法。

Calabresi and Melamed（1972）最早在对财产法的分析中区分了财产规则和责任规则，对它们的进一步分析，参见Polinsky（1980）、Craswell（1993）、Krier and Schwab（1995）、Ayres and Talley（1995a, 1995b）、Ayres and Balkin（1996）、Kaplow and Shavell（1995, 1996）、Epstein（1997）、Rose（1997）、Bebchuk（2001）和Ayres and Goldbart（2003）等等。对这两种规则在合同违约责任的经济分析中的应用，参见Kronman（1978）、Ulen（1984）和Goetz and Scott（1977）。

参见美国《统一商法典》第2-716条规定：“货物为特殊货物或者在其他适当的情形下，法院可以判决卖方实际履行”（美国法学会、美国统一州法委员会著，孙新强译，《美国〈统一商法典〉及其正式评述》（第1卷），北京：中国人民大学出版社2004年版，第233页）。此外，在实际应用中，法院在决定是否采用特定履行时，常常还会考虑其他因素，如违约方是否具有清偿能力、违约方的服务是否具有个人性质以及受害方能否提供对应的履行等等（王军，1996）。

定：“债务人任意不履行债务时，债权人可以向法院请求强制履行”。这也是我国目前的做法。

在大陆法系国家，虽然强调履行优先的原则，但与英美法系有所不同。在英美法系，是否采用特定履行是法官行使自由裁量权的结果，当事人原则上没有主张的权利（沈达明，1993）。而在大陆法系，是否采用特定履行，多是应受害方的请求，也就是说，这种选择权多掌握在当事人手中。所以，从表面上看，大陆法系强调特定履行，但是，在实际适用的范围并不十分广泛。Lando and Rose（2004）的实证研究表明，在德国、法国和丹麦这三个民法国家中，特定履行在实践中很少被使用。可见，在损害赔偿和特定履行的实际应用上，两大法系已经没有什么大的不同。违约责任形式应以特定履行还是损害赔偿作为首选方式，这已经降为一个纯理论问题（勒内·达维，2002；Cooter and Ulen，2003）。

三、违约金

违约金是由当事人约定的，在一方不履行合同时偿付给对方的一定数额的金钱。依性质不同，违约金可以分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。两大法系在此问题上的看法也有所不同。

在英美法中，法官通常要求约定的违约金应当与当事人在订立契约时所能预见到的损失相称，因此其实质上是预定的损害赔偿。法院把双方预先约定的损害赔偿超过实际损失的条款称为“惩罚性损害赔偿条款”，把约定的损害赔偿没有超过实际损失的条款称为“补偿性损害赔偿”。法院不执行“惩罚性损害赔偿条款”，这在《合同法（第二次）重述》第355条明确表述为“规定惩罚性违约金条款是违反公共政策的，因而是无效的”。（Calamari and Perillo，2003；Farnsworth，2004）。而大陆法系更多地主张违约金承担着履约保证功能，根据契约自由原则，一般接受惩罚性违约金的约定，除非约定的违约金数额过于巨大或者明显是赌博

在我国合同法理论和实践中，对特定履行性质的认识经历了两个阶段。在高度集中的计划经济体制下，特定履行被当作是合同法的一项基本原则。在单一的指令性计划制度下，企业必须严格按照计划签订合同。合同只是落实指令性计划的工具，如果合同得不到履行就会妨碍国家计划的完整实现。因此，当事人双方在任何情况下都必须严格履行合同。例如，1962年中共中央、国务院《关于严格执行基本建设秩序、严格执行经济合同的通知》第2条规定：“订货部门必须按时提货和交付货款，严格执行订货合同，一律不准退货。”（另外可参见Kroll（1987）对苏联合同法中特定履行规则的经济分析）随着计划经济的消亡和市场经济的发展，与旧体制联系在一起的特定履行原则也被摒弃，1999年实施的新合同法明确规定了特定履行作为一种违约责任形式，并赋予了其首选的地位（参见《合同法》第107条）。也有部分学者如韩世远（2004）认为，尽管《合同法》第107条将特定履行放在了第一位，但几种违约责任形式是并列的关系，并不表明特定履行的首选地位。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库